

## VU Research Portal

### **De normativiteit van de rechtswetenschap. Een pleidooi voor meer reflectie op de normatieve basis van het recht en de rechtswetenschap**

van Klink, B.M.J.; Poort, L.M.

#### ***published in***

Rechtsgeleerd magazijn Themis  
2013

#### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

#### ***citation for published version (APA)***

van Klink, B. M. J., & Poort, L. M. (2013). De normativiteit van de rechtswetenschap. Een pleidooi voor meer reflectie op de normatieve basis van het recht en de rechtswetenschap. *Rechtsgeleerd magazijn Themis*, 2013(6), 258-268.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

#### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# De normativiteit van de rechtswetenschap

## Een pleidooi voor meer reflectie op de normatieve basis van het recht en de rechtswetenschap

Prof. B.M.J. van Klink\* en mr. dr. L.M. Poort\*\*

### 1. Value based-onderzoek

De rechtswetenschap is, zoals wel wordt beweerd, een wetenschap in transitie.<sup>1</sup> 'Transitie' is wellicht nog een te statisch begrip, omdat het veronderstelt dat er één ongedeelde rechtswetenschap is die van de ene toestand overgaat naar de andere (zoals water dat bij voldoende verhitting transformeert tot damp). Duidelijk is in ieder geval dat de rechtswetenschap in beweging is: oude en vertrouwde praktijken staan ter discussie en nieuwe dienen zich aan, met alle luidruchtigheid van dien.<sup>2</sup> Ook wordt wel, met enige terughoudendheid, gesproken van een 'crisis'.<sup>3</sup> De crisis komt voort uit de breed gedeelde overtuiging dat de rechtswetenschap niet, of nog niet, voldoet aan het standaardbeeld van de wetenschap, zoals dat met name in de empirische wetenschappen bestaat.<sup>4</sup> Waar de rechtswetenschap van oudsher wordt opgevat als een normatieve wetenschap, gaan steeds meer geluiden op om de rechtswetenschap wetenschappelijker te maken door zich meer te oriënteren op de empirische wetenschappen. In 2003 is deze discussie in het *NJB* ingezet door Stolker die de wetenschappelijkheid van de rechtswetenschap ter discussie stelt en pleit voor een versterking van haar wetenschappelijk karakter. In aansluiting op deze discussie, klinkt steeds vaker de roep om meer empirisch onderzoek. Met empirisch onderzoek wordt in dit verband meestal niet bedoeld op 'het beschrijven, ordenen, registreren, systematiseren en het vinden van algemene samenhangen binnen een bepaald rechtssysteem'.<sup>5</sup> Het gaat veeleer om een (verondersteld<sup>6</sup>) directe toegang tot de werkelijkheid, onbemiddeld door juridische teksten, waarbij 'het recht der werkelijkheid' wordt geobserveerd

en beschreven aan de hand van empirische methoden die in de sociale wetenschappen gebruikelijk zijn, zoals observatie, interviews en enquêtes.

Volgens Stolker<sup>7</sup> is de monodisciplinaire aanpak, waarbij het recht als een normatieve ordening wordt bestudeerd vanuit het interne perspectief, nog steeds de meest gangbare in de rechtswetenschap. Daar plaatst Stolker een multidisciplinaire benadering tegenover, waarbinnen het recht vanuit een extern perspectief wordt waargenomen als een sociaal of cultureel verschijnsel. Hij pleit ervoor dat met name de verbinding met de sociale wetenschappen versterkt wordt. In verschillende artikelen heeft Van Gestel in dit kader gewezen op het belang van *evidence based*-onderzoek voor de rechtspraak, met name ten behoeve van de ontwikkeling van wetgeving.<sup>8</sup> Dit past in een bredere internationale ontwikkeling. Van Dijck beschrijft de opkomst van *Empirical Legal Studies* in de Verenigde Staten en ziet hierin een belangrijke aanvulling op het doctrinair-juridische onderzoek in Nederland.<sup>9</sup> McCrudden constateert dat 'much traditional legal analysis now relaxes its view on the autonomy of law, draw-

\* Prof. B.M.J. van Klink is hoogleraar Methoden van recht en rechtswetenschap aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, VU Amsterdam.

\*\* Mr. dr. L.M. Poort is universitair docent Rechtstheorie aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, VU Amsterdam.

1. C. Stolker, 'Een discipline in transitie. Rechtswetenschappelijk onderzoek na de Commissie Koers', *ReM*, 2011-1, p. 15.

2. Op deze ontwikkeling wordt nader ingegaan in B.M.J. van Klink, *Rechtsvormen. Autonomie van recht en rechtswetenschap* (oratie VU Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 73-89.

3. J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap. Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 15-23.

4. M. Leezenberg & G. De Vries, *Wetenschapsfilosofie voor geesteswetenschappen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2012, hoofdstuk 1.

5. M. Van Hoecke, *Is de rechtswetenschap een empirische wetenschap?* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 43. Zie in vergelijkbare zin J. Struiksmā, *Het geschil als spel. De empirische cyclus van de rechtswetenschap*, Zaandam: 2011.

6. Op basis van Poppers kenleer kan worden betoogd dat elke waarneming van de werkelijkheid onvermijdelijk plaatsvindt op basis van een voorafgaande theorie, ofwel het zoeklicht waarmee aspecten van de werkelijkheid belicht worden. Ook in de moderne hermeneutiek (ten minste vanaf Heidegger) wordt ervan uitgegaan dat toegang tot de werkelijkheid niet direct is, maar altijd wordt bemiddeld door de taal. Toch bestaat er in de hedendaagse sociale wetenschappen nog steeds de neiging om empirische kennis hoger aan te slaan dan door (tekst)interpretatie verkregen kennis.

7. Stolker 2011, p. 20.

8. Zie onder meer R.A.J. van Gestel, *Wetgeven is vooruitzien* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008; R.A.J. van Gestel, 'Wetgeving en wetenschap', *Ars Aequi* 2009, p. 30-36; R.A.J. van Gestel & G. van Dijck, 'Better regulation through experimental legislation', *European Public Law*, 17 (3), 2011, p. 539-544.

9. G. van Dijck, 'Empirical Legal Studies (ELS)', *WPNR* 2011, p. 1105-1112.

ing on economic and socio-legal insights increasingly easily'.<sup>10</sup>

In dit artikel willen wij de eenzijdige gerichtheid op een *evidence based*-benadering ter discussie stellen. Nog afgezien van de controversiële kwestie wat echte kennis is – kennis verkregen door een hermeneutische analyse van teksten of door 'directe' waarneming van de werkelijkheid<sup>11</sup> – is de vraag waarin eigenlijk het eigene van de rechtswetenschap schuilt. Waarin onderscheidt de rechtswetenschap als (relatief) autonome discipline<sup>12</sup> zich van andere wetenschappelijke disciplines? Zoals wij nog zullen betogen, is het niet wenselijk om de rechtswetenschap uitsluitend of voornamelijk te modelleren naar de empirische wetenschappen. De rechtswetenschap verliest daarmee haar eigenheid als zelfstandige discipline en kan zich niet langer onderscheiden van sociaalwetenschappelijke disciplines. Hoewel wij zeker niet het belang van feiten voor de rechtswetenschap en de rechtspraak willen loochenen, zijn wij van mening dat de rechtswetenschap vooral behoefte heeft aan een versterking en verheldering van de normatieve basis van het recht en de rechtswetenschap – meer *value based*-onderzoek dus. Wij gaan hieronder eerst in op de vraag waarin volgens ons de autonomie van de rechtswetenschap is gelegen (paragraaf 2). Vervolgens betogen wij, uitgaande van de eigen aard van de rechtswetenschap, dat er behoefte is aan meer reflectie op de normatieve en theoretische uitgangspunten op basis waarvan rechtswetenschappers het recht beschrijven, beoordelen en voorstellen te verbeteren (paragraaf 3). Tot slot zullen we laten zien dat onze visie niet neerkomt op een *fact free*-wetenschap en geven we aan wat de implicaties van onze visie zijn op het rechtswetenschappelijk onderzoek (paragraaf 4). Op welke manier kan de normatieve reflectie in de rechtswetenschap worden bevorderd? Met welke disciplines ligt uitwisseling voor de hand? Welke ruimte is er nog in visie voor empirisch onderzoek naar de feiten in de rechtswetenschap?

## 2. Autonomie van de rechtswetenschap

Van oudsher wordt de rechtswetenschap – ook wel aangeduid met 'rechtsgeleerdheid', alsof men bij voorbaat de wetenschappelijkheid van deze discipline wenst te re-

lativeren<sup>13</sup> – door de beoefenaars ervan opgevat als een normatieve wetenschap. Daarmee wordt om te beginnen bedoeld dat rechtswetenschappers zich bezighouden met de bestudering van rechtsnormen, dat wil zeggen zij beschrijven, analyseren, ordenen en systematiseren het geheel aan juridische normen dat op een bepaald rechtsgebied in een bepaalde tijd geldt. Zoals Westerman & Wissink aangeven, is veel traditioneel juridisch onderzoek erop gericht nieuwe juridische en maatschappelijke ontwikkelingen te duiden en in te passen in het bestaande recht.<sup>14</sup> Daarnaast vindt er meestal ook nog een beoordeling of waardering plaats van de rechtsnormen, zoals die door de wetgever zijn of nog moeten worden vastgesteld of door de rechter zijn toegepast op het concrete geval. Bij deze beoordeling worden zowel intern-juridische maatstaven<sup>15</sup> gehanteerd (is het vastgestelde of voorgestelde recht verenigbaar met andere rechtsnormen en rechtsbeginselen?) als externe maatstaven (is het recht bijvoorbeeld moreel aanvaardbaar, politiek wenselijk, nuttig, efficiënt of effectief?). In aansluiting en als sluitstuk op de gegeven beoordeling geven rechtswetenschappers vaak ook nog aanbevelingen om het bestaande recht te verbeteren. Volgens Smits gaat het uiteindelijk om dat laatste: 'De ultieme vraag van de rechtswetenschap is mijns inziens hoe het recht *behoort* te luiden.'<sup>16</sup> Smits plaatst dan ook een kritische noot bij het pleidooi voor meer empirisch onderzoek: 'Niet voor de eerste keer in de geschiedenis is er een tendens dat "echte" kennis niet is gebaseerd op conceptuele constructies, het vinden van coherentie en het ontwikkelen van abstracte theorieën (...), maar op empirisch onderzoek.'<sup>17</sup> Ook Wendt beschouwt 'beter recht' als het hoofdobject van de rechtswetenschap.<sup>18</sup>

Aan de rechtswetenschap als normatieve wetenschap wordt meestal enige mate aan autonomie toegekend. Volgens Taekema is de rechtswetenschap een *relatief* autonome discipline en onderscheidt deze zich van andere disciplines door drie kenmerken.<sup>19</sup> Ten eerste geeft zij aan dat de band tussen de rechtswetenschap en de rechtspraak altijd zeer hecht is geweest, hechter dan in veel andere wetenschappelijke disciplines, zoals de wetenschap, de (theoretische) natuurkunde en de geschiedwetenschap. Rechtswetenschappers zien het als hun taak

10. C. McCrudden, 'Legal Research and the Social Sciences', *Law Quarterly Review*, 122, 2006, p. 645. Zie ook J. Bell, 'Legal Research and the Distinctiveness of Comparative Law', in: M. Van Hoecke (red.), *Methodologies of Legal Research. What Kind of Method for What Kind of Discipline?*, Oxford: Hart 2011, p. 139. Bell verwijst hier naar McCrudden 2006.

11. Deze vraag staat centraal in H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1986.

12. S. Taekema 'Relative Autonomy. A Characterization of the Discipline of Law', in: B. van Klink & S. Taekema (red.), *Law and Method. Interdisciplinary Research into Law*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 2011, p. 50-51. Zie verder paragraaf 2.

13. Vgl. Stolker 2011, p. 15-18.

14. P. Westerman & M. Wissink, 'Rechtsgeleerdheid als rechtswetenschap', *Nederlands Juristenblad* 2008, p. 306-307. Dit komt tot uitdrukking in de eerste twee hoofdvragen die Westerman en Wissink onderscheiden in het traditionele rechtswetenschappelijk onderzoek. De derde hoofdvraag betreft de normatieve vraag hoe een bepaald probleem met behulp van verschillende systematieken geregeld kan worden.

15. Deze maatstaven worden 'intern-juridisch' genoemd, omdat ze worden gehanteerd door iemand die de rechtsnormen erkent als een richtlijn voor zijn handelen. Dat betekent niet dat de rechtswetenschapper het juridische perspectief als moreel aanvaardbaar hoeft te aanvaarden (wat een externe maatstaf is), maar het als normatief bindend opvat vanuit het gezichtspunt van de wetsgetrouwe burger (vgl. Bell 2011, p. 158-159).

16. Smits 2009, p. 72.

17. Smits 2009, p. 20.

18. J. Wendt, *De methode der rechtswetenschap vanuit kritisch-rationeel perspectief* (diss. Rotterdam), Zutphen: Uitgeverij Paris 2008, p. 123, stelling 13.

19. Taekema 2011, p. 35-49

om praktijkjuristen op de hoogte te brengen van de inhoud van het geldende recht, wetsvoorstellen en rechterlijke uitspraken van commentaar te voorzien en suggesties ter verbetering te geven. Het onderwijs aan rechtenfaculteiten is er veelal op gericht om studenten voor te bereiden op juridische beroepen als rechter, advocaat of notaris.

Ten tweede beschouwen veel rechtswetenschappers, vanwege hun sterke oriëntatie op de rechtspraktijk, het recht vanuit een intern perspectief. Een intern perspectief op het recht betekent volgens Taekema 'sharing the perspective of judges, lawyers, legislators, or citizens who engage in legal practice'.<sup>20</sup> Bij de beschrijving en beoordeling van het recht maken rechtswetenschappers gebruik van begrippen en maatstaven die aan het geldende recht en de rechtspraktijk zijn ontleend (zoals rechtszekerheid, rechtseenheid en rechtsgelijkheid). Wanneer wetenschappers van andere disciplines naar het recht kijken, dan doen zij dat daarentegen vanuit een extern perspectief.<sup>21</sup> Dat wil zeggen dat zij niet zomaar de begrippen en maatstaven van het recht en de rechtspraktijk overnemen, maar zij gaan uit van het theoretische en normatieve kader dat gangbaar is binnen hun eigen discipline. Zo zal een rechtseconoom het rechtssysteem primair beoordelen op de efficiëntie ervan, terwijl een rechtssocioloog vooral geïnteresseerd is in de aanvaarding, doorwerking of 'beleving'<sup>22</sup> van rechtsnormen in de samenleving.

Ten slotte maken rechtswetenschappers, als zij juridische teksten uitleggen en commentariëren, gebruik van de hermeneutische methode, die kenmerkend is voor de geesteswetenschappen. Hoewel de vraag is of hierbij sprake is van een methode in de strikte (natuurwetenschappelijke) zin van het woord<sup>23</sup> zijn er binnen de hermeneutiek algemene richtlijnen ontwikkeld die behulpzaam zijn bij de interpretatie van (literaire, religieuze en ook juridische) teksten. Zo dient een tekst altijd binnen een breder verband uitgelegd te worden: om te beginnen moet een afzonderlijke uiting (een woord, een zin, een alinea) worden gelezen in de context van de gehele tekst, vervolgens moet deze tekst worden geplaatst tegen de achtergrond van andere teksten van dezelfde auteur en van andere auteurs in hetzelfde genre, uit de eigen tijd en de periode daarvoor. Voor de interpretatie van juridische teksten betekent dat dat een wetsartikel altijd in samen-

hang met andere verwante bepalingen, de wet waarvan het deel uitmaakt en uiteindelijk het gehele rechtssysteem uitgelegd dient te worden (de welbekende teleologische interpretatiemethode). Wat de juridische hermeneutiek volgens Taekema onderscheidt van de algemene hermeneutiek, is de gerichtheid op praktische toepassing: 'understanding a text is not an end in itself; it is done for the purpose of using it properly in a case or a legal argument'.<sup>24</sup> Argumentatie maakt een onlosmakelijk deel uit van de hermeneutische methode, omdat een (juridische of andere) tekst meestal op verschillende manieren uitgelegd kan worden.<sup>25</sup> Voor de gekozen uitleg moeten daarom goede redenen worden gegeven. Kenmerkend voor de juridische argumentatie is het beroep dat wordt gedaan op autoriteit: wat in de wet staat en wat de wetgever hiermee bedoeld heeft, is van grote invloed op de vaststelling wat in het concrete geval als recht te gelden heeft. Voor niet-juristen is dat vaak niet overtuigend, want waarom zou de wet of de wetgever het laatste woord moeten hebben bij de vaststelling van wat wenselijk recht is?

Deze drie kenmerken zorgen ervoor dat de rechtswetenschap zich als een afzonderlijke discipline heeft gevestigd. Taekema trekt vervolgens de conclusie dat de rechtswetenschap relatief autonoom is: zij heeft weliswaar een eigen object (het recht) en eigen wijze om dat object te begrijpen (de toepassingsgerichte en op argumentatie gebaseerde hermeneutische methode), maar voor een goed begrip van het recht is het van belang dat het recht met andere sociale praktijken wordt verbonden: 'If we want to gain a meaningful understanding of what law is, we need to take the connections between law and other social practices into account in our research'.<sup>26</sup> Ook Bix omschrijft de rechtswetenschap als relatief autonoom: 'a relatively autonomous discipline of law may be defensible, where law's distinctive approach to reasoning and decision-making is understood as deriving from the type of practice law is: a behaviour-guiding practice, where the guidance is done primarily through general rules, and the rules are interpreted and applied by a hierarchical court system that gives precedential weight to earlier decisions'.<sup>27</sup> In de rechtspraktijk bestaat de uitleg van het recht in een concreet geval volgens Bix uit 'a particular application of moral and political reasoning'.<sup>28</sup>

20. Taekema 2011, p. 39.

21. Doornbos, Huls & Van Rossum hebben hun *liber amicorum* voor Freek Bruinsma met 39 'op de rechtssociologie geïnspireerde' annotaties niet voor niets de titel 'Rechtspraak van buiten' (onze cursivering) meegegeven. N. Doornbos, N. Huls & W. van Rossum (red.), *Rechtspraak van buiten. Negenendertig door de rechtssociologie geïnspireerde annotaties* (liber amicorum prof. dr. J.F. Bruinsma), Deventer: Kluwer 2010.

22. Met deze notie, die Hertogh bezigt, komt de rechtssociologie op het terrein van de psychologie: het gaat niet langer om de invloed dat het recht uitoefent op menselijke interacties in maatschappelijk verband, maar vooral om de 'gevoelens' die het recht bij mensen teweegbrengt. M. Hertogh, *Rechtsvervreemding. Tussen rechtsstaat en rechtsgevoel* (oratie Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

23. Gadamer plaatst niet voor niets in de titel van zijn hoofdwerk *Wahrheit und Methode* het voegwoord 'en' tussen de begrippen 'waarheid' en 'methode', niet zozeer om beide begrippen met elkaar te verbinden maar juist om ze van elkaar te scheiden (Gadamer 1986).

24. Taekema 2011, p. 46. Betoogd kan worden dat dit ook geldt voor de theologische hermeneutiek: zeker in de context van een preek wordt de Bijbel niet 'om zichzelf' uitgelegd, maar om er een morele les uit te halen voor het leven van hier en nu. Volgens Gadamer is begrijpen altijd een vorm van toepassing ('Applikation' of 'Anwendung', Gadamer, 1986, p. 312-316).

25. Van Hoecke 2011, p. 44 duidt in dit verband de rechtswetenschap aan als een 'empirisch-hermeneutische wetenschap'.

26. Taekema 2011, p. 50.

27. Bix 2003, p. 985-986.

28. Bix 2003, p. 986.

In Taekema's optiek is de rechtswetenschap in twee opzichten *relatief* autonoom. Ten eerste heeft zij zowel op het niveau van de feiten als op normatief en theoretisch niveau de inbreng van andere disciplines nodig:

'[legal scholarship] depends on input from other disciplines, both empirically, in order to get straight the facts that law deals with, and theoretically, in order to fully understand both the normative principles and the theories and concepts of law that are connected to values and theories related to other practices. Good legal research at least makes some use of insights from other disciplines.'<sup>29</sup>

Ten tweede wordt van de rechtswetenschap verwacht, vanwege het interne perspectief dat zij inneemt, dat zij praktisch relevant is en bijdraagt aan de verbetering van het recht in de praktijk.

In de karakterisering van Taekema kunnen wij ons in grote lijnen vinden, maar we plaatsen twee kanttekeningen bij haar conclusies ten aanzien van de relatieve autonomie van de rechtswetenschap. Om te beginnen is de aanname van de relatieve autonomie van de rechtswetenschap geen feitelijke vaststelling maar een normatieve keuze, die volgt uit een bepaalde visie op wat 'good legal research' is of wat een 'meaningful understanding of what law is' inhoudt. Wij zijn echter van mening dat er wel degelijk goed en zinvol rechtswetenschappelijk onderzoek mogelijk is dat niet, of maar in zeer beperkte mate, multi- of interdisciplinair is. Bij dat onderzoek gaat het er dan om het recht zo veel mogelijk te beschrijven en te beoordelen in termen van de begrippen en maatstaven die ontleend zijn aan het recht, het rechtssysteem en de rechtspraktijk zelf. Zoals Kelsen met zijn *Reine Rechtslehre* heeft laten zien, is het heel goed mogelijk om de rechtswetenschap als autonoom op te vatten.<sup>30</sup> Kelsen zag het als de taak van de rechtswetenschapper om de normen zoals die door juridische instanties in de praktijk van het recht worden vastgesteld – de wetgever, de rechter, maar bijvoorbeeld ook de burger die een contract aangaat –, te beschrijven en de geldigheid (dat wil zeggen de verenigbaarheid met andere, hogere rechtsnormen) vast te stellen. Een dergelijke exercitie mag misschien niet erg spannend lijken, maar biedt wel een goede basis voor een kritische reflectie op het bestaande rechtssysteem en voor politieke en morele discussies over de wenselijkheid of de rechtvaardigheid van het bestaande recht (die volgens Kelsen evenwel buiten de wetenschap en in het publieke debat dienden plaats te vinden).

Tegelijkertijd berust ook de aanname van een autonome rechtswetenschap, behalve op kentheoretische overwegingen,<sup>31</sup> uiteindelijk op een normatieve keuze. In zijn oratie voert Van Klink op morele en politieke gronden aan dat het wenselijk is om de nadruk te leggen op de autonomie

(in de zin van zelfbegrenzing<sup>32</sup>) van de rechtswetenschap.<sup>33</sup> In de huidige tijd wordt er van allerlei kanten aan het recht getrokken: vanuit de politiek, de maatschappij en de wetenschap. De slogans zijn bekend: het recht moet slagvaardiger en flexibeler worden, beter aansluiten bij wat er in 'de samenleving' leeft en zich openstellen voor wetenschappelijke inzichten enzovoorts. Door deze ontwikkelingen, die aangeduid kunnen worden als politisering, vermaatschappelijking en verwetenschappelijking van het recht, komen gevestigde rechtsvormen onder druk te staan. Rechtsvormen geven aan op welke wijze rechtsnormen allereerst in het leven geroepen en vervolgens toegepast, uitgevoerd en gehandhaafd worden of behoren te worden. Deze vormen kunnen expliciet door de wet zijn voorgeschreven of door de gewoonte, in de praktijk van het recht, zijn ontwikkeld. Ze maken de schepping en voltrekking van rechtsnormen mogelijk, maar verbinden hieraan tegelijkertijd al dan niet dwingende voorwaarden. Voor politici en burgers die niet kunnen wachten om de wereld naar hun eigen beeld te herscheppen, zijn de rechtsvormen vooral hinderlijk. Waarom zouden we ons moeten neerleggen bij een uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, als de uitkomst ervan ons onwelgevallig is? Waarom stellen we niet een minimumstraf op bepaalde delicten? Waarom mag een burger het recht niet in eigen hand nemen als bij hem wordt ingebroken? Het is dan aan de rechtswetenschap om uit te leggen welk 'belangeloos belang' is gediend met de instandhouding van de rechtsvormen en waarom het waardevol is deze vormen te behoeden voor al te drastische veranderingen, ingegeven door maatschappelijke onrust, politiek wensdenken of de 'nieuwste' wetenschappelijke inzichten. De rechtswetenschap is, aldus Van Klink, de 'hoeder van de rechtsvormen'.<sup>34</sup> Dat betekent niet dat de rechtswetenschapper de overgeleverde rechtsvormen kritiekloos moet aanvaarden. Integendeel, de rechtswetenschapper dient kritisch te reflecteren op de bestaande rechtsvormen, en wanneer deze naar haar mening disfunctioneel of verouderd zijn geworden, dan kan zij voorstellen doen om de rechtsvormen in kwestie te verbeteren of te vervangen, echter wel vanuit de beginselen en waarden die aan het recht ten grondslag liggen.

Onze tweede kanttekening is dat ook de hechte relatie tussen rechtswetenschap en rechtspraktijk geen noodzakelijk gegeven is. Maatschappelijke en juridische ontwikkelingen in de rechtspraktijk zijn voor de rechtswetenschapper vaak aanleiding om te reflecteren op het bestaande recht. Dit betekent echter nog niet dat de rechtswetenschapper alleen maar bezig is om praktische problemen op te lossen. Het begrijpen en doordenken van ontwikkelingen in de maatschappij en het recht, en de wisselwerking daartussen, is de eerste taak van rechtswetenschapper; vervolgens kan zij op basis van haar probleemanalyse een voorstel doen over de manier waarop het probleem in kwestie in haar optiek het beste aangepakt kan worden.

29. Taekema 2011, p. 50.

30. Vgl. onder meer H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Aalen: Scientia Verlag 1994 (1. Auflage).

31. Zonder een zekere mate van autonomie kan een wetenschappelijke benadering zich niet als afzonderlijke discipline constitueren.

32. Zie Van Klink 2010, p. 35, die hierbij verwijst naar de opvatting van Luhmann.

33. Van Klink 2010.

34. Van Klink 2010, p. 73.

Kennisverspreiding en -vergaring is het hoofddoel van de rechtswetenschap als wetenschap, en de praktische toepassing van die kennis is een afgeleide daarvan, een mogelijk gewenst (maar niet noodzakelijk) bijproduct van de zoektocht naar kennis.<sup>35</sup> Er zijn goede redenen om de band met de praktijk losser te maken en de rechtswetenschap een meer onafhankelijke status te geven. Volgens Herweijer onderscheidt rechtswetenschappelijk onderzoek zich in drie opzichten van de praktische rechtsbeoefening.<sup>36</sup> Ten eerste is de vraagstelling van juridisch onderzoek algemeen van aard, terwijl die van de praktijk concreet en specifiek is. Ten tweede is de rechtswetenschap niet zozeer, zoals de praktische rechtsbeoefening, gericht op het oplossen van een specifiek probleem voor een specifieke cliënt als wel op het oplossen van een onduidelijkheid, een tegenstrijdigheid of een leemte in de juridische begripsvorming. Ontwikkeling van de doctrine staat voorop, terwijl het in de rechtspraak gaat om de toepassing van die doctrine op een concreet geval. Ten slotte zijn rechtswetenschappers er minder op uit om in een concreet geval gelijk te krijgen van een juridische instantie, maar veeleer om gelijk te hebben dan wel te krijgen van het rechtswetenschappelijk forum. Een voorbeeld daarvan is het debat in het *NJB* uit 2012<sup>37</sup> tussen Rozemond en Den Hartogh over een belangrijke uitspraak<sup>38</sup> van een regionale euthanasietoetsingscommissie over euthanasie en dementie. In deze uitspraak werd de toelaatbaarheid van euthanasie bij een demente vrouw getoetst.<sup>39</sup> Rozemond en Den Hartogh debatteren over de juiste uitleg van de wettelijke bepalingen omtrent euthanasie en de zorgvuldigheidsvereisten. Ook al heeft dit debat de juistheid van de rechterlijke uitspraak als onderwerp, het debat vindt voornamelijk plaats op een academisch niveau waarbij het gaat om de vraag naar de beste methoden van interpretatie.

Vanwege deze verschillen is het heel goed verdedigbaar dat de rechtswetenschap een meer zelfstandige positie inneemt ten opzichte van rechtspraak. Zoals de commissie-Smits (2007) aangeeft, is het voor de ontwikkeling van de rechtswetenschap als wetenschap van groot belang dat zij dienstbaarheid aan de rechtspraak niet langer vooropstelt, maar zich ook inlaat met vraagstukken die geen of geen direct maatschappelijk belang lijken te dienen en die verder gaan dan één rechtszaak of wetsvoorstel. Rechtswetenschappers hoeven zich veel minder aan het

geldende recht gebonden te achten dan bijvoorbeeld een rechter, wanneer zij het bestaande recht beoordelen en voorstellen doen om het te verbeteren. Hierbij kunnen rechtswetenschappers ook maatstaven hanteren die niet rechtstreeks aan het rechtssysteem zijn ontleend, maar bijvoorbeeld aan een eigen opvatting over rechtvaardigheid die al dan niet binnen de kring van rechtswetenschappers breed wordt gedeeld. Smits spreekt in dit verband van een 'extern-normatief perspectief'.<sup>40</sup> Uit de autonomie van het recht in de zin van zelfbegrenzing volgt dat bij de kritische reflectie op het bestaande recht de waarden en beginselen die aan dat recht ten grondslag liggen (de intern-juridische maatstaven) het uitgangspunt vormen. Maar deze waarden kunnen vervolgens worden ingevuld, aangevuld of bekritiseerd met behulp van maatstaven ontleend aan normatieve domeinen, zoals de moraal, de gewoonte en sociale praktijken (de extern-juridische maatstaven). Uiteindelijk gaat het erom, zoals Dworkin aangeeft, het recht zo veel mogelijk te construeren als een samenhangende normatieve eenheid van regels en beginselen.<sup>41</sup> Interne spanningen die er binnen het recht onvermijdelijk zijn (bijvoorbeeld tussen het beginsel van handelsvrijheid en consumentenbescherming in het privaatrecht), zijn een grond om het geldende recht ter discussie te stellen. Rechtseenheid is geen feitelijke stand van zaken, maar een regulatief idee van de rechtsorde.

Als een rechtswetenschapper bij de beoordeling van het geldende recht buiten-juridische maatstaven laat prevaleren boven juridische maatstaven, verlaat hij het terrein van de rechtswetenschap in strikte zin. Hij begeeft zich op het terrein van een andere discipline, waar hij *als rechtswetenschapper* geen bijzondere expertise kan doen gelden, en ontleent aan die discipline beoordelingscriteria om het recht ter discussie te stellen. Zo kan vanuit een psychologisch perspectief kritiek worden uitgeoefend op de wijze waarop de rechter in strafzaken bewijs vaststelt.<sup>42</sup> In de praktijk zullen zich overigens altijd gevallen voordoen, waarin het onderscheid tussen interne en externe maatstaven niet scherp te maken valt of betwist wordt. Bij de vaststelling of een maatstaf intern dan wel extern is vormt de dogmatiek, zoals die wordt ontwikkeld door juridische actoren in de rechtspraak en vervolgens wordt beschreven door rechtswetenschappers in commentaren en handboeken, het uitgangspunt.

35. In zijn boek *Saving the World on Your Own Time*, betoogt Fish met verve dat kennisverwerving in de menswetenschappen geen extern doel dient, maar omwille van zichzelf dient plaats te vinden. S. Fish, *Saving the World on Your Own Time*, Oxford: Oxford University Press 2008.

36. M. Herweijer, 'Juridisch onderzoek', in: J.W.I. Broeksteeg & E.F. Stamhuis (red.), *Rechtswetenschappelijk onderzoek. Over object en methode*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 23-33.

37. N. Rozemond, 'Euthanasie en dementie: het actuele verlangen en het reële alternatief', *Nederlands Juristenblad* 2012-5, p. 314-319; G. den Hartogh, 'De betekenis van de schriftelijke wilsverklaring', *Nederlands Juristenblad* 2012-11, p. 734-739.

38. Zie Rozemond 2012, p. 314. Hij verwijst naar de website [www.euthanasiecommissie.nl](http://www.euthanasiecommissie.nl). Rozemond geeft aan dat de uitspraken niet zijn gedateerd en ook niet van een nummer zijn voorzien. Ze kunnen op de website worden gevonden via een zoekopdracht. De besproken uitspraak is te vinden onder de ziekte dementie en het jaartal 2011.

39. Rozemond 2012, p. 314.

40. Smits 2009, p. 74.

41. R. Dworkin, *Law's Empire*, London: Fontana Press 1986, p. 255. Dworkin duidt dit interpretatieve ideaal aan als 'law as integrity', dat hij met name voor de rechtspraak uitwerkt: 'Judges who accept the interpretative ideal of integrity decide hard cases by trying to find, in some coherent set of principles about people's rights and duties, the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community. They try to make that complex structure the best it can be'.

42. Vgl. onder meer P.J. van Koppen, *Gerede twijfel: Over bewijs in strafzaken*, Amsterdam: De Kring 2013.

In haar onderzoek naar interactieve wetgevingsstrategieën hanteert Poort zowel intern-juridische maatstaven als extern-juridische maatstaven.<sup>43</sup> Om een model van interactieve wetgeving te ontwikkelen, kijkt zij met name naar de regulering van dierlijke biotechnologie. In dit voorbeeld speelt de morele status van het dier een belangrijke rol bij de ontwikkeling van het recht. Het onderzoek beoogt echter niet de morele status van het recht beter te begrijpen of een praktische oplossing voor de wetgevingspraktijk aan te dragen. Extern-juridische maatstaven, onder meer ontleend aan de moraal, worden gebruikt om een beter begrip van deze problematiek te krijgen, waarmee de regulering op dit terrein te maken heeft. In het onderzoek worden geen uitspraken gedaan over de ethische aanvaardbaarheid van dierlijke biotechnologie of de morele betekenis van de wettelijke regeling. De ontwikkeling van deze regelgeving en de uiteenzetting van de verschillende controversies die de problematiek kenmerken worden slechts gebruikt ter illustratie van een ander, wetgevingstheoretisch vraagstuk waar intern-juridische maatstaven centraal staan: Is het mogelijk een model van interactieve wetgevingsstrategieën te ontwikkelen, gegeven de spanning tussen legitimiteit en rechtszekerheid enerzijds en het belang van het gebruik van open normen anderzijds? Hiermee beoogt Poort het debat met het rechtswetenschappelijk forum aan te gaan, en niet met ethische experts of wetgevende instanties.

Met dit voorbeeld willen we laten zien dat de rechtswetenschap zich wel degelijk open kan stellen voor input van andere disciplines en zich kan laten inspireren door problemen die zich voordoen in de rechtspraktijk. Dit tast echter de autonomie van de rechtswetenschap niet aan. Het gaat de rechtswetenschapper er uiteindelijk om, de vragen die zich in haar eigen discipline voordoen, te beantwoorden met behulp van de begrippen en denk- en argumentatiewijzen die karakteristiek zijn voor de eigen discipline. In termen van de systeemtheorie kan men zeggen dat de rechtswetenschap cognitief open is en operationeel gesloten.<sup>44</sup>

Als we ervan uitgaan dat de rechtswetenschap een autonome wetenschap is die zich – al naar gelang de interesse, het kennisdoel en de competentie van de onderzoeker – in mindere of meerdere mate kan (maar dus niet: moet) openstellen voor input van andere disciplines en voor vragen uit de rechtspraktijk, doet zich de vraag voor waarom versterking van de normatieve reflectie van belang is. Op die vraag gaan we in de volgende paragraaf in.

### 3. De *value based*-rechtswetenschap

Hieronder zullen wij beargumenteren waarom wij van mening zijn dat een *value based*-benadering beter past bij de rechtswetenschap als autonome discipline in de door ons beschreven zin dan een empirische benadering.

Zoals aangegeven, houdt autonomie niet in dat rechtswetenschappers zich geheel zouden moeten afsluiten van (empirische of andere) inzichten uit andere disciplines. Zij begrijpen en waarderen deze inzichten op basis van het eigen theoretische en normatieve kader waarmee zij naar de juridische werkelijkheid kijken. Autonomie betekent dus zelfbegrenzing: de rechtswetenschap trekt van binnenuit de grens van wat als recht of rechtens relevant gezien kan worden.

Allereerst zijn rechtswetenschappers bij uitstek in staat om rechtsnormen te identificeren, de inhoud ervan te beschrijven en de verhouding met rechts- of andere normen te bepalen. De rechtenopleiding is erop gericht om studenten te trainen in het uitleggen en systematiseren van rechtsnormen, zoals die worden vastgesteld in de praktijk van het recht, in wetgeving, verdragen, rechterlijke uitspraken of andere rechtsbronnen. Bij interdisciplinair onderzoek zijn het vaak de rechtswetenschappers die zich bewust zijn van de normatieve belangen die er op het spel staan en die in staat zijn hiervoor juridische oplossingen te bedenken. Zoals McCrudden aangeeft, 'legal researchers often pride themselves on being able to see the need for a normative dimension in inter-disciplinary research.'<sup>45</sup> Ook in de stroming van *Empirical Legal Studies* (ELS), die binnen het privaatrecht opgeld doet, zit een sterk normatieve dimensie. Ook al staat deze beweging voor meer empirisch onderzoek, dit empirische onderzoek staat ten dienste van de onderbouwing van normatieve uitspraken. Volgens Van Dijk maken empirische studies het mogelijk 'om beter onderbouwde, en daarmee betere normatieve uitspraken te doen.'<sup>46</sup> Om dergelijke normatieve uitspraken te doen, is evenwel een waardering van de feiten nodig, een normatief gezichtspunt van waaruit aan de vastgestelde feiten een norm wordt gekoppeld ('gegeven deze feiten, is er een nieuwe regeling nodig'). Dat volgt niet uit de feiten zelf en ook ELS heeft, als empirische discipline, geen eigen normatief kader. De rechtswetenschap biedt wel een dergelijk normatief kader, ontleend aan het geldende recht. Vanuit dat kader kan de rechtswetenschapper bepalen of deze feiten aanleiding geven tot verandering van het recht en, zo ja, hoe die verandering binnen het bestaande recht vormgegeven kan of moet worden.

Vervolgens zijn rechtswetenschappers ertoe opgeleid, niet zozeer om feiten te verzamelen of te controleren, als wel om de gegeven feiten te kwalificeren en te evalueren in termen van het recht. Bijvoorbeeld: bepaalde handelingen moeten als onrechtmatige daad aangemerkt worden. De rechtswetenschap kent geen eigen methoden om feiten vast te stellen – die moet zij als gegeven aannemen na een globale 'common sense'-toetsing op plausibiliteit –, maar wel om de vastgestelde feiten juridisch te waarderen met behulp van de bestaande rechtsnormen en de beschikbare hermeneutische interpretatiemethoden. Volgens Westerman & Wissink onderscheidt de rechtswetenschap zich

43. L.M. Poort, *Consensus & Controversies in Animal Biotechnology. An Interactive Legislative Approach to Animal Biotechnology in Denmark, Switzerland, and the Netherlands*, Den Haag: Eleven International Publishing 2013.

44. Vgl. onder meer G. Teubner, *Recht als Autopoietisches System*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1989, p. 20.

45. McCrudden 2006, p. 650.

46. Van Dijk 2011, p. 1109.

niet van de empirische wetenschappen door de activiteit van interpretatie.<sup>47</sup> In iedere wetenschap worden gegevens binnen het theoretisch kader van die discipline in een zinvol verband gezet. Het verschil bestaat veeleer in de vraag hoe, wat en waartoe er geïnterpreteerd wordt. In de rechtswetenschap dient interpretatie een ander doel. Waar empirische wetenschappen vooral bezig zijn fysiologische, biologische, sociale of andere processen te begrijpen, is de rechtswetenschap er vooral op gericht maatschappelijke en juridische ontwikkelingen in het recht in te passen of verschillende reguleringswijzen met elkaar te vergelijken. Westerman & Wissink onderscheiden drie typen onderzoeksvragen die volgens hen kenmerkend zijn voor de rechtswetenschap:

1. 'Hoe kan een bepaalde nieuwe juridische ontwikkeling (regel, richtlijn, uitspraak) worden geduid en ingepast? (...)
2. Hoe kan een bepaalde maatschappelijke ontwikkeling worden geduid en ingepast? (...)
3. Kan een bepaald specifiek probleem op verschillende manieren geregeld worden met gebruikmaking van verschillende systematieken?'<sup>48</sup>

Ook al kan empirisch onderzoek worden gebruikt om maatschappelijke en juridische ontwikkelingen te duiden, de waardering van deze ontwikkelingen is onvermijdelijk normatief van aard en vereist dus een normatief kader. Om de sprong te maken van een feitelijke bewering naar een normatieve uitspraak over hoe het recht zou moeten zijn, is argumentatie nodig. De rechtswetenschap is, zoals Taekema aangeeft, argumentatief van karakter. Een sociaalwetenschappelijke methode is daarvoor niet geschikt: 'The argumentative character of legal scholarship is therefore the most significant reason not to apply an empirical social science method'.<sup>49</sup>

Daarnaast vrezen wij dat dat de huidige roep om een *evidence based*-benadering ten koste gaat van de kerntaak van de rechtswetenschap: de juridische beschrijving en beoordeling van rechtsnormen in het licht van actuele ontwikkelingen in de maatschappij en het recht. Rechtswetenschappers worden aangespoord om zich geheel of gedeeltelijk om te scholen tot bijvoorbeeld psychologen, sociologen en economen. Dit brengt verschillende risico's met zich. Allereerst bestaat het gevaar dat zij niet meer aan de eigen werkzaamheden toekomen, als zij zich steeds meer met andere disciplines moeten gaan bezighouden. Daarbij zullen zij meestal niet het niveau halen van professionele beoefenaars van deze disciplines en zijn ze gedoemd verdienstelijke amateurs te blijven. Omdat het zeer moeilijk is in twee of meer disciplines geheel thuis te raken, blijft het gevaar dat begrippen verkeerd worden begrepen, methoden onjuist worden toegepast of dat met verouderde theorieën wordt gewerkt. Zo schieten juridische interpretaties van literaire werken die vertegenwoor-

digers van de *Law & Literature*-beweging geven, literatuurwetenschappelijk gezien vaak tekort, omdat ze voorbijgaan aan de complexiteit en ambiguïteit van de literaire taal. Het literaire werk wordt vooral gebruikt als illustratie bij een normatieve beschouwing over hoe het recht zou moeten functioneren en wordt daartoe teruggebracht tot een eenduidige morele boodschap.<sup>50</sup> Volgens Vranken hoeft dat niet problematisch te zijn, wanneer niet meer dan een verkennend onderzoek wordt beoogd: 'Een juridische dogmatische studie in combinatie met een multidisciplinaire of empirische verkenning bijvoorbeeld, waarbij verkenning betekent dat het multidisciplinaire of empirische niet al meteen de robuustheid hoeft te hebben van een geheel op die leest geschoeid onderzoek. Een *quick scan* kan soms ook voldoende zijn, afhankelijk van het doel van het onderzoek'.<sup>51</sup> Toch blijft de vraag of een dergelijke *quick scan* wel wetenschappelijk verantwoord is. Serieuze wetenschap vraagt om meer dan even grasduinen in een andere discipline waarmee men maar beperkt vertrouwd is. Een rechtswetenschapper die zich op een ander terrein begeeft, maakt zich kwetsbaar voor de kritiek dat zij onvoldoende gekwalificeerd is voor dat onderzoek.

Wij wijzen er ten slotte op dat met de empirisering de rechtswetenschap haar onderscheidende karakter dreigt te verliezen. De rechtswetenschap is, zoals elke levende wetenschap, een wetenschap die niet stilstaat en in ontwikkeling blijft. Maar het lijkt ons niet wenselijk dat zij een onderdeel wordt van een andere discipline of dat ze zich omvormt tot een *light*-variant van de psychologie, sociologie of economie. Wie anders moet het recht in kaart brengen en systematiseren ten behoeve van zowel de wetenschap als de rechtspraktijk? Wie is dan nog in staat om praktijkjuristen in te voeren in het steeds meer complex wordende systeem van het recht? Maatschappelijk gezien, bestaat er nog steeds grote behoefte aan mensen die kennis hebben van het recht, zowel in de rechtspraak als bij de wetgeving en het bestuur. De rechtswetenschap kan die taak alleen goed vervullen, wanneer zij de normatieve reflectie op het recht en de grondslagen ervan voorop blijft stellen.

#### 4. Versterking van de normatieve reflectie

Dit is geen pleidooi voor een *fact free*-rechtswetenschap. Het recht functioneert in een maatschappelijke context: rechtsnormen worden op gedragingen in de werkelijkheid toegepast en feitelijke ontwikkelingen kunnen aanleiding zijn om het recht aan te passen of anderszins toe te passen. Jellinek stelde reeds: '(...) das Recht muss stets von realen Tatbeständen ausgehen, weil es, wie immer es beschaffen sein mag, stets den Zweck hat, auf reale Tatbestände an-

47. Westerman & Wissink 2008, p. 503-507.

48. Westerman & Wissink 2008, p. 503-507.

49. Taekema 2011, p. 49.

50. Zie de bundel W. Witteveen & S. Taekema (red.), *Verbeeldingsmacht. Wat juristen moeten lezen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000. Dit zegt vanzelfsprekend nog niets over de rechtswetenschappelijke waarde van deze normatieve beschouwingen. Het gaat ons hier om een methodologisch punt: als interpretatie van een literair werk voldoen zij meestal niet aan de maatstaven van de literaire kritiek.

51. J.B.M. Vranken, 'Nieuwe richtingen in de rechtswetenschap', *WPNR* 2010-6840, p. 329.



gewendend zu werden.<sup>52</sup> Zoals Westerman & Wissink aangeven, is het een van de taken van de rechtswetenschap om nieuwe (bijvoorbeeld technologische) ontwikkelingen in het recht in te passen. Om deze nieuwe ontwikkelingen te begrijpen, kan het zeker behulpzaam zijn om te rade te gaan bij een empirische discipline. Wij betogen ook niet dat de rechtswetenschap zich geheel zou moeten afsluiten voor de kennis van andere disciplines. Toch verdient het aanbeveling om als rechtswetenschapper een 'gezonde' distantie tegenover de kennisclaims van de empirische wetenschappen in acht te nemen, en wel om drie redenen.

Ten eerste worden de feiten die vanuit een empirische discipline worden aangevoerd, vaak ook binnen die discipline zelf betwist. Of er bijvoorbeeld in een land sprake is van armoede, hangt helemaal af van wat hieronder wordt verstaan en hoe dat wordt vastgesteld. Zoals Bix aangeeft, zijn de sociale wetenschappen nog onvoldoende ontwikkeld om consensus te vinden over de meest elementaire juridische vragen, zoals die naar de afschrikkende werking van rechtsnormen.<sup>53</sup> Ook brengt de ontwikkeling van de wetenschap met zich dat nieuw onderzoek weer nieuwe feiten aan het licht kan brengen. Ten tweede kunnen de feiten gekleurd worden door de normatieve (politieke of andere) stellingname van de onderzoeker. Zo kan 'vervreemding' van de arbeider in het arbeidsproces alleen worden vastgesteld op basis van een marxistische normatieve theorie waarin het kapitalisme als een verwerpelijk en tot ondergang gedoemd economisch systeem wordt opgevat. Ook de empirische rechtswetenschap ontkomt niet aan normativiteit. Westerman stelt terecht: 'The shift towards legal science does not free legal scholarship from its inherent normativity. It merely involves a substitution of one kind of normativity for another.'<sup>54</sup> Tot slot volgt uit de enkele vaststelling van de feiten nog niet wat er normatief gezien zou moeten gebeuren. Wanneer er verhoogd niveau van terreurdreiging wordt vastgesteld, dan betekent dat nog niet gelijk dat de politie de bevoegdheid zou moeten krijgen om meer telefoontaps te plaatsen. De normatieve vertaling van een bepaalde stand van zaken naar het recht dient in overeenstemming te zijn met de regels en beginselen van het recht en de waarden die daaraan ten grondslag liggen. Zoals we hierboven hebben betoogd, is de eigenheid van de rechtswetenschap gelegen in de normatieve reflectie die deze discipline biedt. We zijn van mening dat deze reflectie versterkt dient te worden.

Vaak blijft het normatieve kader, op basis waarvan rechtswetenschappers het bestaande recht beoordelen en reageren op kennisanspraken van andere disciplines, impliciet of wordt het te weinig uitgewerkt. Te gemakkelijk wordt ervan uitgegaan dat bijvoorbeeld de beginselen van de rechtsstaat vanzelf spreken en een eenduidige be-

tekenis kennen. Het is vaak niet duidelijk waarop een bepaalde belangenafweging is gebaseerd. Persoonlijke preferenties, politieke voorkeuren, de eigen levensbeschouwing en rechtswetenschappelijk onderbouwde claims worden niet altijd zuiver van elkaar gescheiden. Vranken benadrukt dat het debat gevoerd zou moeten worden over de argumenten en feiten die achter het rechtswetenschappelijk onderzoek schuilgaan.<sup>55</sup> Ze blijven nu vaak op de achtergrond. Hierdoor kunnen deze argumenten en feiten niet betwist worden, maar ook niet verder uitgewerkt en onderbouwd. Het ontbreken van een expliciet normatief kader maakt het moeilijk om een goed wetenschappelijk debat te voeren.

Daarnaast zijnde doctrinaire beschrijvingen van het recht ook gebaseerd op normatieve keuzen. Zoals Vranken stelt: 'Consistency and coherence of the legal system as the only allowable and obvious perspective for legal doctrinal research, is far from evident. Instead, it is based on a normative choice.'<sup>56</sup> Het is van belang dat rechtswetenschappers deze normatieve keuzen expliciteren en daarvoor argumenten aandragen. Rechtswetenschappers moeten de normatieve keuzen beter verantwoorden. Met andere woorden, de sprong van *is* naar *ought* dient expliciet gemaakt te worden. Als er voor een bepaald maatschappelijk probleem meerdere mogelijke juridische oplossingen bestaan, dient de wetenschapper expliciet te maken waarom hij denkt dat een bepaalde oplossing de beste is in die zin dat deze meest legitiem is binnen de context van het rechtssysteem.<sup>57</sup> Ook in empirische benaderingen zoals ELS wordt meestal niet volstaan met de beschrijving van de empirische werkelijkheid, maar worden er ook normatieve uitspraken gedaan ter verbetering van de beschreven stand van zaken. Het normatieve kader van deze claims moet verantwoord worden om een werkelijk rechtswetenschappelijk debat mogelijk te maken, mede over de interpretatie van de feiten.

Welke ruimte blijft er in onze opvatting nog over voor multi- of interdisciplinair onderzoek? Aangezien de rechtswetenschap in onze optiek in wezen een normatieve wetenschap is, ligt het voor de hand dat zij eerder aansluiting zoekt bij andere normatieve wetenschappen, zoals de ethiek, de rechtsfilosofie en politieke filosofie dan bij de empirische wetenschappen, zowel om de verwantschap als de verschillen met andere normatieve disciplines beter in beeld te krijgen. Zoals Bell (in navolging van Raz) aangeeft, is het juridisch redeneren in de rechtspraktijk een bijzondere toepassing van het moreel en politieke redeneren. Rechtswetenschappers zijn beter in staat om de rechtspraktijk te beschrijven en te begrijpen, wanneer zij meer inzicht hebben in de eigenheid van het juridisch redeneren. Bij de beoordeling van het bestaande recht kan de rechtswetenschapper gebruikmaken van zowel intern-juridische maatstaven als extern-juridische maatstaven. Uit de autonomie van de rechtswetenschap volgt

52. Jellinek 1966, 162.

53. Bix 2003, 981.

54. P.C. Westerman, 'Open or Autonomous? The Debate on Legal Methodology as a Reflection of the Debate on Law', in: Mark Van Hoecke (red.), *Methodologies of Legal Research. What Kind of Method for What Kind of Discipline?*, Oxford: Hart 2011, p. 109.

55. Vranken 2010, p. 321.

56. J.B.M. Vranken, 'Een nieuw rechtsrealisme in het privaatrecht', *WPNR* 2011, p. 118.

57. Bell 2011, p. 166.

dat voor de rechtswetenschapper de interne maatstaven een argumentatieve prioriteit hebben boven externe maatstaven. De rechtswetenschap is de hoeder van de rechtsvormen, die ervoor zorgen dat veranderingen van het recht altijd op basis van de procedures voorgeschreven door het recht, en in overeenstemming met de eigen regels, beginselen en waarden, plaatsvinden. De interne maatstaven, ontleend aan de regels en beginselen van het recht en de dogmatiek, spreken echter niet vanzelf en zijn voor meerdere uitleg vatbaar. Welke uitleg is nu het best verdedigbaar en op grond waarvan? Op dat punt is argumentatie nodig. Wanneer een juridische oplossing wordt voorgedragen voor een actueel maatschappelijk probleem, moet worden aangetoond dat de voorgestelde oplossing niet alleen past in het bestaande recht (Dworkins 'dimension of fit') maar ook, op basis van juridische en eventueel andere overwegingen, het meest wenselijk is (de 'dimension of justification' of 'substance').<sup>58</sup> Als een rechtswetenschapper andere dan juridische overwegingen in zijn beoordeling betreft, moet hij deze overwegingen (net als zijn juridische overwegingen) expliciet maken en uitleggen waarom deze volgens hem rechtens relevant zijn. De rechtswetenschap versterkt haar wetenschappelijk karakter niet met de uitbreiding van het empirische onderzoek – wat de vaststelling van de feiten betreft, is de rechtswetenschapper gedoemd een leek te blijven –, maar met het meer transparant maken en beter onderbouwen van de normatieve keuzen die aan elke beschrijving en beoordeling van het recht ten grondslag liggen.

## Literatuur

### Bell 2011

J. Bell, 'Legal Research and the Distinctiveness of Comparative Law', in: Mark Van Hoecke (red.), *Methodologies of Legal Research. What Kind of Method for What Kind of Discipline?*, Oxford: Hart 2011, p. 155-176.

### Bix 2003

B. Bix, 'Law as an autonomous discipline', in: Peter Cane & Mark Tushnet (red.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford: Oxford University Press 2003, p. 975-987.

### Commissie-Smits 2007

Commissie Prestatie-indicatoren en ranking (Commissie-Smits), *Naar prestatie-indicatoren voor rechtswetenschappelijk onderzoek*, Den Haag: VSNU 2007.

### Van Dijck 2011

G. van Dijck, 'Empirical Legal Studies (ELS)', *WPNR* 2011, p. 1105-1112.

### Doornbos, Huls & Van Rossum 2010

N. Doornbos, N. Huls & W. van Rossum (red.), *Rechtspraak van buiten. Negenendertig door de rechtssociologie geïnspireerde annotaties* (liber amicorum prof. dr. J.F. Bruinsma), Deventer: Kluwer 2010.

### Dworkin 1986

R. Dworkin, *Law's Empire*, London: Fontana Press 1986.

### Fish 2008

S. Fish, *Saving the World on Your Own Time*, Oxford: Oxford University Press 2008.

### Gadamer 1986

H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1986.

### Van Gestel 2008

R.A.J. van Gestel, *Wetgeven is vooruitzien* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

### Van Gestel 2009

R.A.J. van Gestel, 'Wetgeving en wetenschap', *Ars Aequi* 2009, p. 30-36.

### Van Gestel & Van Dijck 2011

R.A.J. van Gestel & G. van Dijck, 'Better regulation through experimental legislation', *European Public Law*, 17 (3), 2011, p. 539-544.

### Van Gestel, Giessen & Van Boom 2012

R. van Gestel, I. Giessen & W. van Boom, 'Een landelijk Centrum voor Methodologie en Empirische Rechtsbeoefening', *Nederlands Juristenblad* 2012-29, p. 2032-2035.

### Den Hartogh 2011

G. den Hartogh, 'De betekenis van de schriftelijke wilsverklaring', *Nederlands Juristenblad* 2012-11, p. 734-739.

### Hertogh 2006

M. Hertogh, *Rechtsvervreemding. Tussen rechtsstaat en rechtsgevoel* (oratie Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

### Herweijer 2003

M. Herweijer, 'Juridisch onderzoek', in: J.W.I. Broeksteeg & E.F. Stamhuis (red.), *Rechtswetenschappelijk onderzoek. Over object en methode*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 23-33.

### Van Hoecke 2010

M. Van Hoecke, *Is de rechtswetenschap een empirische wetenschap?* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

### Jellinek 1966

G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (3. Auflage, 1914), Berlin: Bad Homburg v.d. Höhe 1966.

### Kelsen 1994

H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Aalen: Scientia Verlag 1994 (1. Auflage).

### Van Klink 2010

B. van Klink, *Rechtsvormen. Autonomie van recht en rechtswetenschap* (oratie VU Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

58. Dworkin 1986, p. 257 e.v.

**Van Koppen 2013**

P.J. van Koppen, *Gerede twijfel: Over bewijs in strafzaken*, Amsterdam: De Kring 2013.

**Leezenberg & De Vries 2012**

M. Leezenberg & G. de Vries, *Wetenschapsfilosofie voor geesteswetenschappen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2012.

**McCrudden 2006**

C. McCrudden, 'Legal Research and the Social Sciences', *Law Quarterly Review*, 122, 2006, p. 632-650.

**Poort 2013**

L.M. Poort, *Consensus & Controversies in Animal Biotechnology. An Interactive Legislative Approach to Animal Biotechnology in Denmark, Switzerland, and the Netherlands*, Den Haag: Eleven International Publishing 2013.

**Rozemond 2011**

N. Rozemond, 'Euthanasie en dementie: het actuele verlangen en het reële alternatief', *Nederlands Juristenblad* 2012-5, p. 314-319.

**Smits 2009**

J. Smits, *Omstreden rechtswetenschap. Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

**Stolker 2011**

C. Stolker, 'Een discipline in transitie. Rechtswetenschappelijk onderzoek na de Commissie Koers', *ReM*, 2011-1, p. 13-43.

**Struiksma 2011**

J. Struiksma, *Het geschil als spil. De empirische cyclus van de rechtswetenschap*, Zaandam 2011.

**Taekema 2011**

S. Taekema, 'Relative Autonomy. A Characterization of the Discipline of Law', in: Bart van Klink & Sanne Taekema (red.), *Law and Method. Interdisciplinary Research into Law*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 2011, p. 33-52.

**Teubner 1989**

G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1989.

**Vranken 2010**

J.B.M. Vranken, 'Nieuwe richtingen in de rechtswetenschap', *WPNR* 2010, p. 318-329.

**Vranken 2011**

J.B.M. Vranken, 'Een nieuw rechtsrealisme in het privaatrecht', *WPNR* 2011, p. 1113-1122.

**Wendt 2008**

J.A.I. Wendt, *De methode der rechtswetenschap vanuit kritisch-rationeel perspectief* (diss. Rotterdam), Zutphen: Uitgeverij Paris 2008.

**Westerman 2011**

P.C. Westerman, 'Open or Autonomous? The Debate on Legal Methodology as a Reflection of the Debate on Law', in: Mark Van Hoecke (red.), *Methodologies of Legal Research. What Kind of Method for What Kind of Discipline?*, Oxford: Hart 2011, p. 87-110.

**Westerman & Wissink 2008**

P. Westerman & M. Wissink, 'Rechtsgeleerdheid als rechtswetenschap', *Nederlands Juristenblad* 2008, p. 503-507.

**Witteveen & Taekema 2000**

W. Witteveen & S. Taekema (red.), *Verbeeldingsmacht. Wat juristen moeten lezen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.